

EFICACIA DE LOS ACTOS DE GRAVAMEN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. A PROPOSITO DE LA STC 78/1996, DE 20 DE MAYO

Por

ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO
Seminario de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. AUTOTUTELA Y MEDIDAS CAUTELARES ANTES DE LA CE.—3. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN: A) *La primera y novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo: las SSTs de 17 y 21 de julio de 1982.* B) *La reacción del Tribunal Constitucional: la STC 66/1984.* C) *La oscilante Jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STC 66/1984.* D) *La posición del Tribunal Constitucional tras la STC 66/1984.*—4. EL ÚLTIMO PASO —DE MOMENTO— EN UNA EVOLUCIÓN CON ALTIBAJOS: LA STC 78/1996, DE 20 DE MAYO.—5. BREVE REFERENCIA A LA EFICACIA DE LOS ACTOS DE GRAVAMEN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y EN EL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. POSIBLES REPERCUSIONES DE LA STC 78/1996: A) *Procedimiento administrativo común.* B) *Procedimiento tributario.*—6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

«... el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica (...), es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez».

El Fundamento Jurídico Tercero (FJ 3.º) de la STC 78/1996 reafirma y enmarca el texto transcrito en un homogéneo y cálido remanso de doctrina constitucional en el que se destacan las SSTC 22/1984 y 66/1984. La doctrina sostenida por el Alto Tribunal en este FJ 3.º creo que constituye un importante hito en lo que GARCÍA DE ENTERRÍA ha dado en denominar como «una de las luchas por el Derecho más apasionantes de este tiempo, la lucha por las medidas cautelares en los procesos» (1), y, en lo que ahora concierne, en el contencioso-administrativo. Pese a ello y en mi opinión, la co-

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares: Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 1992, pág. 15.

mentada Sentencia no va a significar un punto de referencia definitivo. Este pronunciamiento constitucional se enmarca en una tendencia que sin duda va a ser bien recibida por la doctrina y por multitud de operadores jurídicos (2); pero puede no ser prudente lanzar las campanas al vuelo y derrochar optimismo. Y es que en la comentada resolución, junto a ese bienvenido avance, nos encontramos con algunos contenidos que no son todo lo clarificadores que sería deseable, se da a entender algo que no es enteramente cierto y, además, si la interpretación que parece desprenderse de su literalidad se mantiene, puede generar importantes problemas de difícil solución para el legislador.

Empezando por la anteúltima afirmación, ¿es que acaso la STC 78/1996 se sitúa en el culmen de una uniforme y pacífica línea de jurisprudencia constitucional en torno al tema de la suspensión cautelar en el proceso administrativo? Eso es lo que con claridad se desprende de una lectura atenta de su FJ 3.º, pero tal aserto parece no coincidir del todo con la realidad. No corresponde ahora recorrer con detalle la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) y del Tribunal Constitucional (en adelante TC) al respecto tras la entrada en vigor de la Constitución (en adelante CE) —tal empresa ha sido cumplidamente satisfecha por la doctrina, y repetir ahora supondría recorrer una era ya trillada (3)—; no obstante, para responder adecuadamente a las preguntas que encabezan este comentario sí creo oportuno exponer algunas precisiones a modo de síntesis, y se hace necesario comenzar con un apunte sobre el estado de la cuestión en el régimen preconstitucional.

2. AUTOTUTELA Y MEDIDAS CAUTELARES ANTES DE LA CE

El artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (en adelante LJ) reconoce la posibilidad de suspensión de la ejecutividad de los actos a petición del demandante en caso que de la ejecución se deriven perjuicios de reparación imposible o difícil (4).

Tras la entrada en vigor de la LJ en nuestra jurisprudencia parecían estar bastante claras las consecuencias que se derivaban de la autotutela declarativa y su relación con la interposición de recursos administrativos o contenciosos. Lo que interesa destacar ahora es que hasta 1978 sólo la voluntad de la Administración o la suspensión cautelar concedida por un Tri-

(2) Así, por ejemplo, R. FALCÓN Y TELLÁ, *Una sentencia de capital importancia: la mera solicitud de suspensión impide la ejecución en tanto no se pronuncie un órgano jurisdiccional* (STC 78/1996), Editorial de «Quincena Fiscal», núm. 15 (septiembre 1996), págs. 5-8.

(3) Véanse, v. gr., J. BARCELONA LLOP, «¿Pero de verdad existe...?», en *Escritos jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, vol. I, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, págs. 89-122, en concreto 103-120; y *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, págs. 411 y ss.; obras de referencia obligada en este tema.

(4) Sobre este tema, entre otros, véase C. MARTÍN-RETORTILLO, *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso*, Montecorvo, Madrid, 1963.

bunal a través del correspondiente proceso incidental instado por el recurrente, podían de forma efectiva detener la ejecución de un acto administrativo de gravamen. Antes de que un pronunciamiento judicial sobre la posible suspensión de un acto se produjera, la Administración podía dar rienda suelta sin impedimento alguno al privilegio de la autotutela. La imposibilidad o dificultad de reparar el daño causado por una ejecución anticipada a la decisión judicial sobre la misma no suponía ningún obstáculo a la legalidad de tal proceder administrativo, simplemente podía dar lugar a la conversión del bien jurídico irremisiblemente perdido en su equivalente económico, decisión jurisprudencialmente satisfactoria de acuerdo con la legalidad vigente (5).

3. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN

El 29 de diciembre de 1978 culmina el intenso, difícil y apretado proceso constituyente con la publicación y entrada en vigor de la CE. Como *lex superior*, el texto constitucional no sólo gozaba de supremacía formal (*norma normarum*) y material respecto del Derecho que de inmediato se iba a empezar a producir, sino que su eficacia se proyectaba sobre el Derecho preexistente, lo que suponía la derogación de cuantas disposiciones previas se le opusieran frontalmente, así como la reinterpretación conforme a sus principios y postulados del resto. Tal acontecimiento supuso una verdadera revolución jurídica en el Ordenamiento español (6). Como expresa L. MARTÍN-RETORTILLO; desde ese momento «todo el ordenamiento jurídico ha quedado coloreado con nuevos tintes» (7).

Tal acontecimiento tenía necesariamente que impregnar una rama de la ciencia jurídica como el Derecho Administrativo que, en célebre expresión de Fritz WERNER, no es otra cosa que Derecho constitucional concreti-

(5) «La suspensión no se acuerda de oficio por el Tribunal, sino a petición de parte, que habrá de formularse, precisamente, antes de que tal resolución hubiese sido ya ejecutada, pues aun cuando la Ley dice que podrá solicitarse "en cualquier estado del proceso", se sobreentiende que tal resolución no había sido llevada a cumplido efecto por el órgano administrativo que la elaboró.» C. MARTÍN-RETORTILLO, *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso*, cit., pág. 59.

En ese sentido cabe mencionar las SSTs de 6 de febrero de 1958 (Ar. 505, Ponente: J. ESCOBAR FERNÁNDEZ, Considerando séptimo), 25 de febrero de 1960 (Ar. 802, Ponente: M. DOCAVO NÚÑEZ, Considerando tercero), 2 de abril de 1968 (Ar. 2175, Ponentes: J. BECERRIL y Antón MIRALLES, Considerando cuarto de la Sentencia apelada) o 13 de abril de 1970 (Ar. 2250, Ponente: A. SUÁREZ MANTEOLA, Considerandos segundo y tercero). Las dos primeras citadas y parcialmente reproducidas en C. MARTÍN-RETORTILLO, cit., pág. 33; y las dos últimas en el *Dictamen* emitido por M. PARDO GARCÍA VALDECASAS el 23 de junio de 1973, en *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. 1966-1973*, tomo I, § 6, págs. 54-58, en concreto págs. 56-58.

(6) En estos términos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 102.

(7) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Bajo el signo de la Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, pág. 19; y *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, en el núm. 95 de esta REVISTA, págs. 7-40, en concreto pág. 9.

zado (8). El núcleo duro del Derecho Administrativo en el año 1978 estaba integrado por leyes formadas en la década de los cincuenta. Pronto, normas como la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1956, la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, o la Ley de procedimiento Administrativo de 1958, así como algunos de los principios que las sustentaban, van a tener que pasar un justo y severo examen de constitucionalidad.

En concreto, uno de los problemas que se plantea y que va a hacer estremecerse uno de los principios informadores de nuestro Derecho Administrativo es el que constituye el objeto de estudio del presente comentario: dada la ejecutividad de los actos administrativos (en función de los entonces vigentes arts. 45 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958) y dada la posibilidad de solicitar su suspensión por motivos tasados en vía administrativa (art. 116 de la misma Ley) y judicial (art. 122 LJ), ¿incide la CE de alguna manera en esa relación?

A) *La primera y novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo: las SSTs de 17 y 21 de julio de 1982 (9)*

Mediante STS de 17 de julio de 1982 (Ar. 4428, Ponente: P. GARCÍA MANZANO), se determina la improcedencia de la prematura ejecución de una sanción disciplinaria de dos años de suspensión de funciones. Los fundamentos de esta resolución judicial se pueden resumir de la siguiente manera.

El TS, aunque audaz en la *ratio decidendi*, plantea los términos del debate con prudencia, consciente quizá de las importantes repercusiones que podía tener la avanzada decisión que iba a tomar. Así, en el Considerando primero, pretende centrar al máximo el alcance de sus razonamientos, y explica que no trata de enjuiciar si el artículo 24 CE ha dejado sin efecto el privilegio de la autotutela declarativa (ejecutividad) de la Administración por derogación de los textos preconstitucionales en que se preveía, sino simplemente «si esta concreta sanción disciplinaria, de suspensión “firme” de funciones del artículo 50 de la Ley articulada de funcionarios (...) y ar-

(8) *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1958, págs. 527 ss., apud J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit., pág. 190.

(9) Sobre esta temprana línea jurisprudencial, J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 412-416; «¿Pero de verdad existe...?», cit., págs. 105-106; y, entre otros, por orden cronológico, L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, 1983, págs. 284-285 y 288-290; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, núms. 101-102 de esta REVISTA, vol. II, 1983, págs. 1609-1627, en concreto págs. 1617-1627; F. HERRERO TEJEDOR, *Tutela judicial y efectividad de las sanciones*, «Poder Judicial», núm. 1, 1986, págs. 109-116, en concreto 110-113; F. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, en el núm. 115 de esta REVISTA, 1988, págs. 57-97, en concreto 72-74; F. C. BALBÍN, *La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 7, 1990, págs. 9-32, en concreto 26-27; J. M. TRAYTER, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons-Generalitat de Catalunya, 1992, págs. 365-371.

tículos 16.b) y 18 del Reglamento de Régimen Disciplinario de 16 de agosto de 1969 (...) hace quebrar en virtud del mentado artículo 24.1 de la Constitución (...) la mencionada regla o principio de la decisión unilateral y ejecutoria». Será en los Considerandos cuarto y quinto donde se encuentre el núcleo que justifica la decisión adoptada.

En el Considerando cuarto, el Tribunal entiende no ajustada a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE la prematura ejecución de la sanción, pero no por el simple hecho de pretender tal ejecución antes de que un órgano judicial pudiera manifestarse sobre la misma, sino porque en este supuesto, si una vez ejecutada la sanción la Sentencia resultara favorable al particular, no resultaría satisfactoria la posibilidad

«de indemnización de daños y perjuicios a cargo de la Administración para el caso de imposibilidad de reparación *in natura*, pues el ejercicio de la acción resarcitoria, aparte de las dificultades para su éxito, no puede sustituir a determinadas privaciones, como sería en este caso, la de los derechos y prerrogativas anejos a la condición de funcionario público durante el tiempo de la suspensión y la pérdida del concreto puesto de trabajo desempeñado».

El Tribunal efectuó esta reflexión seguramente con más ánimo de ceñir la solución al caso concreto que de generalizar; pero tal y como construye el argumento, no sería descartable afirmar que la solución a la que inmediatamente llega después (la incompatibilidad entre ejecución y tutela judicial efectiva) no parece, a la luz del párrafo reproducido, generalizable a todas las sanciones, sino sólo a aquellas que causan un daño imposible o difícil de reparar; así, por ejemplo, la línea que marca el comentado Considerando cuarto no sería esgrimible contra la ejecución de un buen número de sanciones de carácter pecuniario, que constituyen el tipo más nutrido de las impuestas por las diferentes Administraciones Públicas. Más adelante volveremos sobre este aspecto.

En el Considerando quinto, tras recordar que los principios inspiradores del orden penal son aplicables con ciertos matices al Derecho Administrativo sancionador (STC 18/1981, de 8 de junio) y que la sanción enjuiciada tanto podría derivar de una sanción disciplinaria como de una condena penal, argumenta que

«no sería razonable que la efectividad o cumplimiento de la suspensión de funciones quedase pospuesta en caso de la condena penal, a la sentencia firme de la jurisdicción criminal (...), y en cambio fuese inmediatamente ejecutiva, en el supuesto de ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, a través de un expediente con menores garantías procesales y, lo que es más importante, mediante la utilización de una potestad disciplinaria en que la Administración no ocupa una posición de imparcialidad ni se halla supraor-

denada a las partes, desempeñando en cierto modo funciones cuasijudiciales, lo que revela que en la sanción disciplinaria de suspensión "firme" de funciones públicas la conexión con el Ordenamiento punitivo penal se acentúa de modo notable, reclamando un tratamiento común (...) y, consecuentemente, una efectividad o cumplimiento de la sanción diferido al momento en que el acto administrativo sancionatorio haya ganado firmeza bien por la inatacabilidad de este acto, ya por la desestimación de los recursos administrativos, o el jurisdiccional contencioso-administrativo».

Ambos argumentos son poderosas armas esgrimibles contra la autotutela declarativa de la Administración y, en concreto, contra la ejecutividad de los actos sancionadores; pero el TS los muestra con una prudencia ya anunciada en su Considerando primero. Así, ni una ni otra reflexión es generalizable a todos los actos de gravamen, ni siquiera a todas las sanciones; la vulneración de la tutela judicial efectiva (Considerando cuarto) sólo se predica de las sanciones que efectivamente sean difíciles o imposibles de subsanar, y la apelación a los principios del orden penal (Considerando quinto) sólo se centra en aquellas sanciones que la ley prevea igualmente como administrativas y como penales.

Un paso más se dio con la STS de 21 de julio de 1982 (Ar. 4442, Ponente: A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ), en cuyo Considerando segundo los argumentos que se exponen ya no aparecen tan deliberadamente limitados como en la STS de 17 de julio del mismo año, sino que tal y como están redactados parecen nacer con una decidida vocación de generalidad.

Estos pioneros pronunciamientos jurisprudenciales hacen tambalear el edificio de la ejecutividad de los actos administrativos. Será el Tribunal Constitucional quien vuelva a encauzar las aguas con un criterio, a juicio de la doctrina, más equilibrado (10).

B) *La reacción del Tribunal Constitucional: la STC 66/1984 (11)*

Con la Sentencia 22/1984, de 22 de febrero (Ponente: L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), el TC empieza a acercarse al tema. En el Fundamento Ju-

(10) En este sentido, J. BARCELONA LLOP, «¿Pero de verdad existe...?», cit., pág. 106.

(11) El problema del posible conflicto entre ejecutividad y falta de firmeza de una sanción administrativa ya había sido tempranamente vislumbrado en el ATC 47/1980, de 13 de octubre (Fundamento Jurídico Cuarto), pero al considerar el TC inadmisibile el recurso por otros motivos (falta de agotamiento de la vía judicial y deficiente argumentación sustantiva) se limita a dejar meramente enunciada esta posibilidad. Auto citado y parcialmente reproducido en F. SANZ GANDESEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, págs. 184-185; comentado también en J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., pág. 429.

Sobre la STC 66/1984, véanse J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 431-443;

rídico Cuarto afirma en términos rotundos la constitucionalidad de «la potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella», al amparo del principio de eficacia consagrado en el artículo 103 CE; asimismo, declara que —no podía ser de otra manera— cuando la Administración «a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución».

Pero esta doctrina constitucional no era suficiente para atajar el problema planteado en las comentadas SSTs de 17 y 21 de julio de 1982, puesto que la tensión dialéctica que en su fundamentación el TC plantea y resuelve se produce entre la autotutela administrativa y el monopolio de la potestad jurisdiccional que, conforme al artículo 117.3 CE, le corresponde a los órganos judiciales. Es decir, se afirma la subsistencia del tradicional y característico privilegio administrativo, pero sin contrastar su adecuación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. La ocasión para afrontar esa vidriosa tarea llegará con el recurso de amparo resuelto por la STC 66/1984, de 6 de junio (Ponente: J. AROZAMENA SIERRA).

Un Delegado Provincial del entonces denominado Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo impuso a un promotor de viviendas de protección oficial dos sanciones pecuniarias de 750.000 ptas. y 1.750.000 ptas. El sancionado, tras agotar la vía administrativa, interpone recurso contencioso-administrativo y solicita suspensión de la ejecutividad de sendos actos de gravamen; al ser desestimada esta última petición tanto en la Audiencia Provincial como en el TS, acude al TC en amparo el 12 de julio de 1983. Tras basar su postura en la presunción de inocencia, solicita que se declare que las sanciones no son ejecutivas hasta que recaiga sentencia firme.

En la fundamentación jurídica del fallo comienza el Tribunal destacando que se trata de una resolución sancionadora que nace al hilo de una relación especial de sujeción y que los principios del orden penal son aplicables en términos generales al Derecho Administrativo sancionador pero no de igual modo al concreto ámbito de las sanciones de este tipo. Tras el Fundamento Jurídico Segundo, en el que se desvincula la efectividad de la sanción administrativa impugnada de cualquier lazo con la presunción de inocencia, el TC se enfrenta por fin con el objeto del presente estudio:

«¿Pero de verdad existe tutela cautelar en el orden contencioso-administrativo?», cit., págs. 106-112; y, entre otros, por orden cronológico, F. SANZ GANDASEGUI, *op. cit.*, págs. 185-187; F. HERRERO TEJEDOR, *Tutela judicial y efectividad de las sanciones*, cit., págs. 113-114; F. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales a la autotutela administrativa*, cit., págs. 75-76; F. C. BALBÍN, *La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo*, cit., págs. 27-32; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la justicia administrativa*, cit., pág. 173; J. L. FUERTES SUÁREZ, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2483-2491, en concreto 2485-2490; J. M. TRAYTER, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, cit., págs. 371-375; J. J. ZORNOZA PÉREZ, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 150-151.

«La cuestión se centra, por tanto, en si el artículo 24.1 de la Constitución impone una reinterpretación de los textos que en nuestro Derecho contienen las reglas respecto a la ejecutividad.»

El TC entiende que «la ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de este recurso, no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva» —con lo que no se manifiesta, al menos de forma expresa, sobre las sanciones no impuestas dentro de una relación de sujeción especial, aunque no tiene por qué haber ninguna dificultad para hacerlas extensible también esta doctrina (12)—. No obstante, sí encuentra necesario reinterpretar las normas aplicables en dos aspectos. Por un lado, la tutela judicial efectiva exige flexibilizar la apreciación de los motivos de suspensión cautelar del artículo 122.2 LJ. Y, por otro —y en lo que ahora más nos interesa—, manifiesta que

«el derecho a la tutela se satisface (...) facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión».

No sin razón se ha dicho de esta Sentencia que es «incompleta; pero no porque diga poco, sino porque lo que dice no lo acaba de decir del todo» (13).

Comparto la opinión al respecto de Javier BARCELONA puesto que, en efecto, *parece* que, desde la perspectiva del contencioso ordinario, «la única forma de dar cumplimiento a lo que la Sentencia 66/1984 dice es admitir que, dictado el acto sancionador, su ejecutividad queda paralizada hasta el transcurso del plazo del recurso administrativo en caso de que sea necesario. Verificado este recurso, la paralización se mantiene mientras queda abierto al plazo para recurrir en vía contenciosa, transcurrido el cual, si el contencioso se formaliza, habrá que esperar al pronunciamiento cautelar sobre la ejecutividad (...) Por supuesto que si el particular consiente la sanción y no recurre, la ejecutividad se despliega con toda normalidad en el momento procedente» (14), opinión que comparto con la única salvedad de no pasar por alto la necesidad, al menos formal, de que tanto en vía administrativa como judicial, el particular acompañe sus recursos de sendas peticiones de suspensión (cfr. *infra*).

Y digo que «parece» que ésa es la única forma de dar cumplimiento a la STC 66/1984 no porque no coincida por completo, y con la matización indicada, con el párrafo reproducido y las reflexiones que lo sustentan,

(12) Sobre este concreto aspecto, véase J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 441-443.

(13) Javier BARCELONA escribe sobre la STC 66/1984 que se trata de «una Sentencia de amparo que, en lo que se refiere a elaboraciones dogmáticas, alcanza cierta altura», pero que «es, con todo, una Sentencia incompleta; pero no porque diga poco, sino porque lo que dice no lo acaba de decir del todo». *Ejecutividad...*, cit., pág. 431.

(14) J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 440-441.

sino porque las opiniones de los autores que han estudiado la STS 66/1984 no son ni mucho menos coincidentes.

Existen divergencias en torno al ámbito de la aplicabilidad de esta doctrina: hay quien piensa que el TC hablaba sólo de las sanciones nacidas en una relación especial de sujeción (15) y quien entiende que, aunque en la Sentencia sólo se hace referencia expresa a un tipo de sanciones, sus postulados deben entenderse aplicables a todas (16). También encontramos notables discrepancias respecto a la proyección de sus reflexiones sobre la ejecutividad: hay autores que opinan que el TC «nada dice con respecto al principio de ejecutividad previamente o durante el procedimiento administrativo», y que es erróneo aplicar al procedimiento administrativo doctrina pensada sólo para el procedimiento contencioso (17); y autores —cuya postura comparto— que consideran que cuando el TC habla de ejecutividad sus pronunciamientos se deben entender y aplicar a lo largo de toda la vida del acto, y no sólo a partir del momento en que por medio de recurso contencioso se abre la vía judicial (18).

Tantas visiones enfrentadas sobre un mismo pronunciamiento jurisprudencial poco dicen en favor de la claridad y precisión de éste. Aunque bien es cierto que, dada la naturaleza del recurso de amparo (mecanismo procesal para dar solución no a problemas abstractos o generales, sino a supuestos concretos y particulares), el TC no necesitaba ir más allá, bueno habría sido que no hubiera desaprovechado la oportunidad que aquel asunto le brindaba y que hubiera dejado bien clara su postura desde un principio en un tema de tanta trascendencia como es el que nos ocupa. La tibieza del resultado final de una Sentencia bien orientada, pero no carente de cierta ambigüedad e imprecisión, no tardó en dejarse notar en sede doctrinal, donde —como acabamos de ver— motivó enfrentadas interpretaciones, y en sedes judicial y constitucional, donde durante algunos años pareció que el 6 de julio de 1984 nada había pasado.

(15) V. gr., LÓPEZ RAMÓN, *loc. cit.*, y SANZ GANDASEGUI, *loc. cit.*

(16) En este sentido, J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, págs. 441-443.

(17) C. F. BALBÍN, *La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo*, cit., págs. 29-30.

(18) J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit.; F. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, cit., págs. 78-79; J. L. FUERTES SUÁREZ, *loc. cit.*; F. HERRERO TEJEDOR, *loc. cit.*; sin que tampoco exista total coincidencia entre las posturas de estos autores.

Javier BARCELONA explica su discrepancia con la anteriormente señalada tesis que circunscribe la doctrina de la STC 66/1984 al proceso contencioso de la siguiente manera: «La efectividad del derecho a la tutela judicial, tal y como la considera el TC, requiere que en el procedimiento administrativo la ejecutividad no despliegue sus efectos. Si hay que interponer un recurso administrativo y la interposición carece de efectos suspensivos, es ficticia cualquier disociación entre vía administrativa y vía jurisdiccional en el punto que nos interesa. De procederse a ella —y apurando el argumento hasta sus últimas consecuencias— se llegaría al absurdo de admitir que la tutela judicial efectiva queda satisfecha con la resolución judicial en torno al mantenimiento o no de la ejecutividad de un acto que ha podido ya ser ejecutado por la Administración.» *Ejecutividad...*, cit., pág. 440.

Javier BARCELONA en la obra citada incluye un estudio comparativo de esta polémica doctrinal con abundantes referencias bibliográficas (págs. 436-443).

C) *La oscilante Jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STC 66/1984* (19)

Durante casi dos años el TS pareció desconocer la nueva doctrina constitucional, y así, en una serie de sentencias a lo largo de 1985 y comienzos de 1986 mantuvo impertérrito la doctrina de las SSTs de 17 y 21 de julio de 1982, negando carta de naturaleza constitucional a la ejecutividad de los actos sancionadores (20).

Por fin, en una Sentencia de 7 de abril de 1986 (Ar. 1731, Ponente: F. C. SAINZ DE ROBLES), el TS inaugura una línea jurisprudencial —consolidada hasta nuestros días— que asume los planteamientos de la STC 66/1984; aunque con una interpretación diferente de la aquí defendida (21).

Contra una sanción de suspensión de funciones durante quince días (impuesta el 19 de junio de 1985) y el posterior acto que determinaba la inmediata ejecución de la misma (de 7 de agosto de ese mismo año), una funcionaria abre sendas vías impugnatorias. La primera, contra el acto

(19) Véase J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 458-466.

(20) Véanse las SSTs de 20 de febrero de 1985 (Ar. 498), 25 de abril de 1985 (Ar. 2182), 20 de junio de 1985 (Ar. 3245) (brevemente comentada en F. HERRERO TEJEDOR, *op. cit.*, pág. 115) y 26 de marzo de 1986 (Ar. 1159).

El asunto de la STS de 20 de febrero de 1985 es el siguiente. La Subsecretaría de Sanidad y Consumo sanciona a una funcionaria por una falta grave con suspensión de funciones por un período de un año; cuatro días después dicta nueva resolución por la que, entre otros extremos, se determina la fecha de inicio del cumplimiento de la sanción. Contra este segundo acto se interpone recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de la Ley 62/1978. En primera instancia se estima su recurso. El abogado del Estado presenta recurso de apelación y el TS ratifica el fallo de la Audiencia Provincial. En el Considerando tercero se cita la STC 66/1984 pero dándole una nueva interpretación —otra más a añadir a las que ya conocemos— que la desvirtúa por completo. Tras recordar que el TC explica que «el derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal», razona que ese derecho fundamental «ha quedado vulnerado, dando comienzo el cumplimiento de la sanción sin esperar el resultado de los recursos». Es decir, en esta resolución el TS interpreta la STC 66/1984 en el sentido de que la tutela judicial necesita para ser satisfecha una Sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto. Esta interpretación no parece de recibo. La STC 66/1984 exige «que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal», y la «ejecutividad» se somete a la decisión de un Tribunal contencioso-administrativo a través de la solicitud de suspensión del acto recurrido (por el art. 122 LJ en el contencioso ordinario, o por el 7.2 Ley 62/1978 en el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales de la persona); lo que no se debe confundir con la posterior decisión mediante sentencia sobre la legalidad o ilegalidad de dicho acto.

La STS de 20 de junio de 1985 reproduce en su Considerando cuarto la doctrina sostenida en las conocidas SSTs de 1982, para a continuación, en el quinto, afirmar que «el mismo espíritu emana» de la STC 18/1981, de 8 de junio (que las mencionadas resoluciones de 1982 citaban), «por lo que cabe concluir apreciando que la resolución impugnada al ordenar la ejecución de la sanción disciplinaria impuesta, pese a estar recurrida por el funcionario sancionado, vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva». No se hace referencia en ningún momento a la recentísima entonces STC 66/1984.

El Fundamento Jurídico Tercero de la STS de 26 de marzo de 1986 también reniega de la ejecutividad de los actos sancionadores, «ya que en otro caso se llegaría al contrasentido de negar ejecuciones basadas en una Sentencia judicial no firme, mientras que se procedería a ejecutar un acto administrativo en cuya fiscalización recayó una Sentencia que aún no puede ejecutarse».

(21) Sobre este tema, véase J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 458 y ss.

sancionador, previo recurso de reposición a través del contencioso-administrativo ordinario. La segunda, contra la ejecución inmediata de la misma, a través del procedimiento especial de la Ley 62/1978. Mientras está en trámite la primera vía impugnatoria, en la segunda obtiene la recurrente sentencia favorable en primera instancia. Tras la apelación del Abogado del Estado, el Tribunal Supremo revocará la Sentencia apelada de acuerdo con la siguiente doctrina:

«la Sala llega a la conclusión de que la plenitud de tutela jurisdiccional a la que todos tienen derecho no precisa, en ningún supuesto, entender desaparecida del ordenamiento la potestad administrativa de autotutela y menos aún en las relaciones de sujeción especial (...) Es suficiente con que el ejercicio específico pueda ser residenciado ante un juez (...) Es coherente con el artículo 24 de la Constitución que sea un juez quien haya de paralizar la potestad ejecutoria de la Administración. Cuando el legislador ha querido eliminarla (...) o reducirla (...) lo ha hecho categóricamente. Y está sin duda habilitado para seguir haciéndolo en lo sucesivo» (FJ 4.º).

«La relación entre la Administración y sus funcionarios es indiscutiblemente, una relación especial definida estatutariamente (...) [a la que] accede el ciudadano mediante acto voluntario que comporta la aceptación del estatuto, sin perjuicio de su derecho a impugnar los actos de aplicación. Sin olvidar que las situaciones producidas en este ámbito pueden, también, afectar a derechos fundamentales (...) hay que advertir que las que no exceden del campo de la relación estatutaria, no quedan protegidas por el artículo 53 de la Constitución, sino por la cláusula general del artículo 106.1 de la misma norma fundamental. En su traducción procesal la distinción significa que las discrepancias entre el funcionario y la organización administrativa a la que pertenece, con base a la relación de servicio, quedan excluidas del procedimiento preferente y sumario que, hasta ahora, estatuye la Ley 62/1978 y remitidas al contencioso-administrativo ordinario» (FJ 5.º).

«(...) partiendo del postulado según el cual, la tutela jurisdiccional plena no implica, por sí, la derogación del artículo 122 de la ley jurisdiccional, en cuanto a las sanciones disciplinarias, impuestas en una relación especial de sujeción (...) sino que únicamente requiere que la decisión ejecutoria, antes que aquéllas cobren firmeza, pueda ser examinada por un juez, menos aún se priva de amparo al interesado cuando éste ha decidido impugnar la sanción por el procedimiento ordinario —como es lo correcto— y puede, dentro de él, solicitar la suspensión de la ejecutividad» (FJ 7.º).

Tres ideas fundamentales se desprenden de esta STS, en cuyo FJ 2.º se recuerda y cita la STC 66/1984.

En primer lugar, el TS fija con claridad algo que en la citada STC daba lugar a especulaciones: el ámbito de la actuación administrativa en que hay que considerar vigente la potestad de la autotutela. Si el pronunciamiento constitucional —como más arriba hemos visto— sólo se refería expresamente a las sanciones de autoprotección, esta Sentencia del TS no puede ser más tajante: la tutela judicial «no precisa, *en ningún supuesto*, entender desaparecida del ordenamiento la potestad administrativa de la autotutela».

En segundo lugar, que aunque la autotutela sigue vigente en todos aquellos ámbitos que el legislador no lo haya expresamente excluido, su articulación con la tutela judicial efectiva no se desenvuelve siempre de la misma manera. Con carácter general, la inmediata o temprana ejecutividad de las sanciones puede ser atacada tanto pidiendo su suspensión en el contencioso-administrativo ordinario como a través de su impugnación directa por el procedimiento de la Ley 62/1978; pero si se trata de una resolución sancionadora nacida en una relación especial de sujeción, esta segunda vía le está vetada al ciudadano que es parte en tal relación especial.

Y, por último, que no tiene por qué ser necesariamente contrario a la tutela judicial efectiva que se disponga la ejecución de una sanción apenas mes y medio después de haber sido impuesta.

El resultado de la combinación de estas dos últimas ideas no parece compaginar muy bien con el espíritu de la STC 66/1984 puesto que, aplicando estos planteamientos del TS, es posible que cuando el órgano judicial tenga ocasión de manifestarse sobre la suspensión de la sanción en el contencioso ordinario la sanción ya haya sido ejecutada y, en consecuencia, se haya visto burlado el sistema cautelar contencioso-administrativo y la tutela judicial efectiva (22).

(22) Téngase en cuenta que, entonces, para poder abrir la vía judicial era preceptiva como regla general la interposición de un recurso administrativo. Si el acto agotaba la vía administrativa, lo procedente era interponer recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto en un plazo de quince días, y el silencio, con efectos desestimatorios, se producía a los tres meses (arts. 122.4 y 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958); si el acto agotaba la vía administrativa era también necesario interponer un recurso administrativo, el de reposición, cuyo plazo de interposición era de un mes, y el silencio se producía pasado el mismo tiempo desde su interposición (arts. 52 y 54 —derogados por la Ley 30/1992— de la LJ). La excepción a la necesidad de recurso era el procedimiento para la tutela de los derechos fundamentales de la Ley 62/1978. Se aprecia claramente que si la Administración procedía a ejecutar un acto sancionador al mes o mes y medio de su imposición y, además, se excluía a los sujetos a una relación especial el poder recurrir a la Ley 62/1978, ese corto plazo de tiempo podía ser a todas luces insuficiente para que el particular pudiera abrir la vía judicial para solicitar la tutela cautelar del órgano competente.

Más llamativo es el supuesto de la STS de 24 de noviembre de 1986 (Ar. 6367), supuesto en que, pese a que sanción y orden de ejecución de la misma son simultáneas, la respuesta del TS no varía; y parece claro que en caso de simultaneidad entre imposición y ejecución de una medida sancionadora, no existe posibilidad alguna de que un órgano judicial pueda manifestarse sobre su posible suspensión antes de que el acto comience a desplegar efectos.

Tras esta Sentencia una serie casi ininterrumpida (23) de resoluciones del TS han ido consolidando esa jurisprudencia que asume, aunque con una interpretación que puede resultar un tanto regresiva, la STC 66/1984 (24).

D) *La posición del Tribunal Constitucional tras la STC 66/1984 (25)*

Pero, ¿y el TC?, ¿acaso su doctrina ha sido constante y definida tras la STC 66/1984? Veamos a título ejemplificativo lo que sucedió en los AATC 458/1988, de 18 de abril, y 930/1988, de 20 de julio.

Ante una sanción de suspensión de funciones por seis meses, el sancionado interpone recurso de reposición, sin que conste que solicite la sus-

Como señala la doctrina, esta jurisprudencia supone que para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva basta «que un juez pueda pronunciarse sobre la ejecutividad en el curso de la pieza separada de suspensión. Es suficiente con que la medida cautelar pueda solicitarse; basta con la posibilidad pura y simple de solicitarla, por lo que es factible que cuando llegue el momento procesal oportuno para que un Tribunal decida sobre la ejecutividad, el acto haya podido ser ejecutado por la Administración. Es verdad que en muchas ocasiones los tribunales tienen oportunidad de pronunciarse sobre la medida cautelar, pero, institucionalmente hablando, ninguna garantía existe de que sea siempre así. Y que esa garantía exista es, en mi opinión, la garantía misma de la adecuada compensación, más allá de principios y declaraciones genéricas, entre tutela judicial efectiva y ejecutividad del acto administrativo». J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 465-466.

(23) Con algunas excepciones, como la STS de 11 de junio de 1986 (Ar. 3390), en cuyo Fundamento Jurídico Segundo vuelve a revivir las SSTs de 17 y 21 de julio de 1982 en relación con la tutela judicial efectiva; la STS de 10 de octubre de 1986 (Ar. 7138) (Fundamento Jurídico Cuarto); o la de la Sala Especial de Revisión de 23 de junio de 1989 (Ar. 1577 de 1991), en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto se afirma que «debe (...) seguir manteniéndose la doctrina que, en derecho sancionador disciplinario, la ejecutividad del acto administrativo debe ceder en favor del derecho fundamental de toda persona a ser considerado inocente en tanto una resolución firme, administrativa si no se ha acudido a la vía jurisdiccional, o judicial, en este último caso, no establezca lo contrario»; doctrina que parece no casar muy bien con lo que el supremo intérprete de la Constitución explica en el Fundamento Jurídico Segundo de la STC 66/1984, de 6 de junio: «La efectividad de las sanciones no entra en colisión con la presunción de inocencia; la propia legitimidad de la potestad sancionatoria y la sujeción a un procedimiento contradictorio, abierto al juego de la prueba según las pertinentes reglas al respecto, excluye toda idea en confrontación con la presunción de inocencia»; sea hecha esta observación crítica respecto de la Sentencia de la Sala Especial de Revisión del TS, con independencia del posible juicio desfavorable que pueda merecer la línea que el TC respalda y sustenta en su Sentencia 66/1984 (véase, por ejemplo, R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 410-414, en concreto 413-414); más adelante volveremos sobre este problema.

(24) Así nos encontramos con un buen número de resoluciones, entre las que a título ejemplificativo se pueden citar el ATC de 17 de octubre de 1986, o las SSTs de 24 de noviembre de 1986 (Ar. 6367), que en su FJ 3.º reproduce parcialmente el anterior; 4 de febrero de 1987 (Ar. 499), 9 de diciembre de 1987 (Ar. 9437), 18 de enero de 1988 (Ar. 281), 26 de abril de 1988 (Ar. 5562), 30 de abril de 1991 (Ar. 4230) o 21 de noviembre de 1994 (Ar. 9268).

(25) Véanse, entre otros, J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 443-458; C. CHINCHILLA MARÍN, *El Derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, núm. 131 de esta REVISTA, 1993, págs. 167-189, en concreto 167-171.

pensión de la ejecutividad del acto; antes de que el recurso se resuelva, se ejecuta la resolución sancionadora; por tal causa el particular interpone recurso contencioso a través del procedimiento de la Ley 62/1978; tras ser desestimado en primera instancia, apela, siendo inadmitido su recurso, tras lo cual recurre en amparo al TC, quien, mediante el Auto 458/1988, de 18 de abril, inadmite el recurso de amparo interpuesto. Los razonamientos que expone en su FJ 2.º son lo que siguen:

«la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional (...) En efecto, la queja del autor consiste en considerar infringido el artículo 24.1 de la Constitución porque (...) ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva porque, pese a haber sido impugnado, ha desplegado sus efectos inmediatamente. Sin embargo, dicha queja no puede ser acogida. Este Tribunal tiene declarado que el hecho de que la Administración imponga una sanción que, en principio, ha de ejecutarse en sus propios términos, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (...), ya que la ejecutividad de los actos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, que se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984).

(...) no puede considerarse que el acuerdo impugnado vulnere el artículo 24.1 de la Constitución, ya que, por un lado, (...) el actor pudo someter desde el primer momento la ejecutividad a la revisión judicial, cosa que no hizo; de otro, que, como señala la referida sentencia (...), la interposición del recurso de reposición Acuerdo Sancionador (...) debe conducir, en su caso, a obtener la suspensión cautelar de la sanción en vía administrativa —art. 106 LPA— como judicial —art. 122 LJ—, lo que es suficiente para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha sido configurada por la jurisprudencia de este Tribunal».

En resumidas cuentas, el TC parece seguir en la línea de la STC 66/1984. Si en este caso concreto inadmite el recurso planteado fue, entre otros motivos, por la actitud poco diligente del particular que teniendo en sus manos la posibilidad «de someter desde el primer momento la ejecutividad a la revisión judicial», mediante la pertinente solicitud de suspensión, no actuó en tal sentido.

Muy distinto es el caso del ATC 265/1985, de 24 de abril. La Alcaldía de Bilbao dictó el 26 de septiembre de 1983 una sanción inmediatamente ejecutiva de seis meses de retirada de una licencia con efectos a contar desde el anterior 28 de junio. Agotada la vía judicial el particular sancionado interpone recurso de amparo, alegando, entre otros motivos, vulneración del

derecho a la tutela judicial efectiva. El TC inadmite el recurso y, en lo que a la tutela judicial se refiere, razona que

«el hecho de que la Administración imponga una sanción que, en principio, ha de ejecutarse en sus propios términos, nada tiene que ver con dicho derecho. Otra cosa es que ante la propia Administración o ante los Tribunales se solicite la suspensión de la ejecución de tal sanción mientras se resuelve el recurso».

Pese a esta argumentación, difícil parece entender a la luz de la STC 66/1984 que una sanción inmediatamente ejecutiva cuyos efectos se retrotraen varios meses a la fecha en que se dicta nada tenga que ver con el derecho a la tutela judicial efectiva. Si los efectos de la sanción son inmediatos, ¿cómo se va a facilitar que un Tribunal decida sobre su ejecutividad antes de que ésta cause daños que puedan resultar de imposible o difícil reparación? (26).

Estos dos últimos Autos suponen sólo un par de ejemplos divergentes —se podrían citar más (27)— que como muestra pueden ser suficientes para percibir el panorama que dejó tras de sí la STC 66/1984, una resolución, como ya he dicho, bien orientada, pero quizá falta de la precisión y rotundidad que el momento requería (28). Ciertamente es que posteriores resoluciones del TC en otros ámbitos o desde otras perspectivas sí han parecido caminar por la senda marcada por la STC 66/1984 (29), pero el hecho es

(26) Sobre este Auto, véase J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 443-444, quien opina que «verdaderamente puede decirse que el Auto 265/1985 se encuentra casi en las antípodas de la Sentencia 66/1984».

(27) A este respecto, véanse los casos estudiados en J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 443-458.

(28) Una síntesis, juicio crítico y reflexión sobre la jurisprudencia del TC y del TS en J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 466-473.

(29) Véase, por ejemplo, la STC 238/1992, de 17 de diciembre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley 43/1979, de fincas manifiestamente mejorables, que, entre otras cosas, afirma que

«la posibilidad legal de solicitar y obtener de los órganos jurisdiccionales la suspensión del acto administrativo impugnado se configura como un límite a la ejecutividad de las Resoluciones de la Administración (...) reconocida por ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de eliminar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el procedimiento contencioso-administrativo» (FJ 3.º)

«La prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige» (FJ 6.º).

Véase también la STC 148/1993, de 29 de abril, que resuelve un recurso de amparo que tiene su origen no en una sanción, sino en una serie de actos administrativos destinados a garantizar la prestación de servicios mínimos. El Sindicato recurrente pretende y consigue el reconocimiento de los derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva. En lo que ahora nos interesa, el TC afirma que

que en vía de amparo se resistía a aparecer un pronunciamiento constitucional que en materia de ejecutividad de actos de gravamen ratificara con firmeza esa tendencia. Esta era la situación en el momento en que se dicta la STC 78/1996, de 23 de mayo.

4. EL ÚLTIMO PASO —DE MOMENTO— EN UNA EVOLUCIÓN CON ALTIBAJOS: LA STC 78/1996, DE 20 DE MAYO (30)

El 17 de diciembre de 1992, el Director del Servicio Valenciano de Salud impuso una sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo a J.H.L. (funcionario público). La sanción le fue notificada el 21 de abril de 1993, y en dicha notificación se le informa que podía formular recurso de reposición en el plazo de un mes ante el Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad Valenciana. El 28 de abril, J.H.L. presenta ante el Director del Hospital General de Alicante un escrito dirigido al Consejero de Sanidad manifestando su intención de recurrir el acto sancionador y solicitando la suspensión del mismo.

El 12 de mayo, J.H.L. formula recurso de reposición contra el acto de 17 de diciembre de 1992, sin solicitar la suspensión (ya lo había hecho el 28 de abril).

El 18 de mayo se le notifica resolución del Director del Hospital (fecha da el 11 de mayo) en la que éste se declara incompetente para decidir sobre la cuestión planteada (aunque en realidad —según el punto 2 de los Antecedentes y los FJ 2.º y 5.º de la Sentencia comentada— no parece que tal cuestión le hubiera sido planteada a él) y señala, además, que la sanción impuesta el 17 de diciembre de 1992 se hará efectiva el 20 de mayo (dos días después de esta última notificación y estando aún pendiente la resolución del recurso y de la suspensión solicitada), como de hecho así sucedió.

Contra este acto del Director del Hospital, J.H.L. interpone recurso contencioso-administrativo por la vía de la Ley 62/1978, que será desestimado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27 de julio de 1993. Tras acudir en amparo al TC, éste, por Sentencia 78/1996, de

«la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (...) Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder de la actuación administrativa impuesta por el artículo 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos» (FJ 4.º).

Véanse J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., págs. 456-458, y los que cita.

(30) Sobre esta Sentencia, véanse R. FALCÓN Y TELLA, *op. cit.*; P. GONZÁLEZ SALINAS, *El retorno de la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre la petición de suspensión*, «REDA», núm. 92, 1996, págs. 641-650; J. V. MOROTE SARRIÓN, *La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo*, «REDA», núm. 94, 1997, págs. 307-318.

20 de mayo (Ponente: J. GABALDÓN LÓPEZ), concede el amparo solicitado, anulando el acto del Director del Hospital de 12 de mayo de 1993 y la Sentencia de 27 de julio que lo había confirmado.

* * *

El TC examina en primer término «la alegada vulneración del artículo 24.1 que dicho acto —el del Director del Hospital— había causado al impedir que, antes de ejecutarse la sanción, pudiera resolverse sobre su suspensión» (FJ 2.º). En su FJ 3.º, tras recordar la constitucionalidad del privilegio de la autotutela conforme al artículo 103 CE, su no incompatibilidad en términos generales con la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, y la *necesidad de una correcta armonización entre tal derecho y tal prerrogativa a través de una adecuada articulación de las medidas cautelares*, explica que

«la ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 de la CE, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. “El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión” (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez».

El TC entiende que la actitud del Director del Hospital ha supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que en vía judicial no ha sido debidamente subsanada. El hecho de que al interponer reposición J.H.L. no solicitara la suspensión del acto recurrido no es óbice a esa solución, puesto que el TC considera suficiente la previa solicitud de la misma materializada en el escrito de 28 de abril de 1993 (FJ 5.º).

* * *

En mi opinión, este pronunciamiento está dotado de alguno de los elementos de los que carecía la STC 66/1984. Aquí, por primera vez en un re-

curso de amparo a propósito de la prematura ejecución de una sanción disciplinaria, el TC se manifiesta sin ningún tipo de ambages o ambigüedad en el sentido muchas veces reivindicado por un significativo sector de la doctrina. La STC 78/1996 dice mucho de lo que la STC 66/1984 «no acabó de decir del todo».

A continuación, voy a esquematizar las consecuencias que creo que inmediatamente se derivan de este pronunciamiento, teniendo en cuenta que tales consecuencias no suponen un *modelo único* e inmodificable, sino un *mínimo* que el legislador tiene que considerar al regular materia procedimental y que la Administración debe respetar al actuar; lo que no obsta a que el legislador pueda establecer —como en efecto sucede— diversos modelos que serán desde este punto de vista constitucionalmente correctos si no suponen merma de ese mínimo que el TC garantiza.

De acuerdo con esta Sentencia parece quedar claro, por lo menos, que la correcta articulación entre tutela judicial efectiva y ejecutividad de un acto administrativo como el que da lugar a este pronunciamiento de amparo exige que se respeten los siguientes contenidos:

— En aquellos actos que no agoten la vía administrativa, la Administración debe abstenerse de ejecutar hasta que el particular recurra o, en su defecto, hasta que transcurra el plazo del recurso administrativo; ejecutar antes de uno u otro momento supone imposibilitar *a priori* el control judicial de tal actividad.

— Si en vía administrativa, al recurrir (o con anterioridad al recurso), el particular solicita la suspensión, la STC 78/1996 impone a la Administración el deber de no ejecutar el acto hasta que se resuelva tal solicitud (lo contrario supondría «no facilitar que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal»).

— Si se concede la suspensión en vía administrativa, deberá mantenerse hasta que el recurso se resuelva; si se estima el recurso, no hay ningún problema, y si se desestima, no podrá el ente administrativo levantar la suspensión al menos hasta que el particular interponga recurso contencioso o, en su defecto, transcurra el plazo para interponerlo.

— Si, pedida, no se concede la suspensión en vía administrativa, la Administración deberá seguir absteniéndose de ejecutar mientras el particular tenga abierta la posibilidad de recurrir tal pronunciamiento (pues de otra forma, nuevamente se conculcaría la posibilidad de que un Tribunal pueda decidir).

— Por el contrario, si en vía administrativa el particular con una actitud poco diligente ignora la posibilidad de solicitar la suspensión, no puede más tarde pretender que si la Administración procede a ejecutar ésta esté vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva, pues es el propio particular quien con su actitud omisiva facilita esa situación. En todo caso, la posterior petición de suspensión del particular debe paralizar la ejecución en curso (si así no sucediera, el obstáculo a la justiciabilidad de la ejecución ya no sería la actitud del particular, sino, nuevamente, la del propio ente administrativo).

— El mismo razonamiento se aplica al contencioso-administrativo: no debe bastar con recurrir; para que el Tribunal se pueda manifestar sobre la ejecutividad, lo primero que tiene que suceder es que el particular abra tal posibilidad mediante la petición de suspensión de acuerdo con el artículo 122 LJ; si tal solicitud no se produce, nada tiene por qué impedir que el ente público proceda a la ejecución.

El hecho es que, solicítase cuando se solicite la suspensión, tal acción del interesado debe detener inmediatamente cualquier actuación administrativa encaminada a la ejecución del acto, puesto que cualquier actividad en sentido contrario por parte de la Administración supondría no facilitar el acceso a la jurisdicción, atentaría contra la tutela judicial efectiva y —si esta interpretación se mantiene— sería susceptible ser recurrido con éxito a través del procedimiento de Ley 62/1978. En sentido contrario, si el particular no solicita en el momento procedente (en vía administrativa o judicial) la suspensión, no puede luego pretender que la temprana actividad administrativa de ejecución haya vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

En resumidas cuentas, todas estas reflexiones se pueden expresar diciendo que mientras esté abierta la posibilidad de recurrir en vía administrativa (si el acto no agota la vía administrativa) o judicial (si agota la vía administrativa o si no la agota, se recurre y se solicita la suspensión y ésta no se concede en esta vía), la Administración tiene el deber de *no ejecutar forzosamente*. Una vez interpuesto el recurso pertinente (ordinario o el que corresponda cuando sea preciso interponer recurso administrativo previo para acceder a los Tribunales, o contencioso-administrativo), ese deber sólo subsiste si el particular cumple con la *carga* de solicitar la suspensión, y cesa cuando el órgano judicial en tal sentido se pronuncia (31).

¿Cuál es el ámbito al que se debe aplicar esta doctrina? Como expresaba al principio de este apartado, parece claro que se aplica a las sanciones en las que su ejecución anticipada sea susceptible de producir daños irremediables a los intereses que se tratan de defender. Pero ¿puede abarcar más? En mi opinión, sí, aunque dados los términos en los que se expresa el TC no se puede afirmar esto con total rotundidad.

Los contenidos del FJ 3.º parecen tener, en efecto, vocación de generalidad. El TC habla no de un determinado tipo de sanciones, o de sanciones sin más, sino que su discurso es mucho más amplio; afirma que «la ejecución inmediata de un *acto administrativo* es, pues, relevante desde la pers-

(31) El legislador podía haber optado por un sistema donde los recursos estuvieran dotados con carácter general de efectos suspensivos, como sucede en Alemania (cfr. S. J. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La Jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993; M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, núm. 128 de esta REVISTA, 1992, págs. 413-452); sin embargo, ha optado por un modelo de inspiración francesa en el que la interposición de recurso no suspende automáticamente la ejecutividad del acto; para que tal efecto pueda producirse se necesita que el particular lo solicite; y la configuración de tal solicitud como una carga (lo mismo que la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acudir a la judicial) puede ser discutible de *lege ferenda*, pero resulta irreproachable desde el respeto a la tutela judicial efectiva.

pectiva del artículo 24.1 de la CE» y que «el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los *actos administrativos*» (32). Este creo que debe ser el alcance de esta Sentencia, puesto que no se encuentran razones constitucionales que en este ámbito justifiquen un tratamiento diferenciado para unas sanciones u otras, para unos actos de gravamen u otros.

Piénsese en la pretensión administrativa de ejecutar prematuramente una sanción disciplinaria de suspensión de funciones por tres meses a un funcionario —art. 91.1.a) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado—, o en una sanción de prohibición por cinco años para celebrar contratos con el Estado u otros entes públicos (art. 80.3 de la Ley General Tributaria), o en un acuerdo de demolición de un edificio ruinoso (art. 247.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana). Sin duda, los tres ejemplos exigen el mismo trato desde la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, con independencia de la naturaleza del acto de gravamen que en cada caso pende sobre el interesado (33).

Pero otra duda surge en torno al contenido del acto que se ejecuta. Una vez afirmado que parece que esta doctrina debe aplicarse a todo acto de gravamen con independencia de su naturaleza jurídica, ¿debe aplicarse igualmente a todo acto de gravamen con independencia del contenido del perjuicio que su ejecución pueda irrogar al particular? Aunque opino que la respuesta debe ser afirmativa, lo cierto es que los términos en que se expresa la Sentencia pueden sembrar alguna vacilación al respecto.

Como hemos visto, de acuerdo con el FJ 3.º de esta Sentencia, la ejecución de un acto administrativo es relevante a efectos del artículo 24.1 CE,

«ya que *si tiene lugar* imposibilitando el acceso a la tutela judicial efectiva puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión de fondo».

(32) Ya hemos visto cómo el TS en su Sentencia de 17 de julio de 1982 se esforzó notablemente en ceñir la solución que diseñaba al concreto y específico tipo de actos administrativos al que pertenecía el enjuiciado; y cómo, posteriormente, con la STS de 21 de julio de 1982, se generalizaba aquella solución a todos los actos administrativos. En el Tribunal Constitucional parece haberse producido una evolución paralela. La fundamentación jurídica de la ya estudiada STC 66/1984 centra su respuesta al problema de la ejecutividad en las sanciones nacidas en una relación especial de sujeción. Por el contrario, los argumentos de la STC 78/1996 parecen tener un alcance general; cierto que esta Sentencia parte del estudio de una determinada resolución sancionadora, pero en su Fundamento Jurídico Tercero habla con claridad en varias ocasiones de *actos administrativos*, sin especificar ni reducir el alcance de este concepto. Quizá el TC no haya querido llegar tan lejos, pero si es así, sólo posteriores pronunciamientos podrán aclararlo.

(33) JAVIER BARCELONA LLOP señalaba a propósito de la STC 66/1984 que «la ejecutividad del acto administrativo sancionador no es por sí misma inconstitucional pero es preciso que, por exigirlo así el derecho a la tutela judicial, un juez pueda pronunciarse cautelarmente sobre la misma. El argumento se vierte respecto de las sanciones impuestas en el seno de una relación de sujeción especial, mas ningún obstáculo hay para entenderlo aplicable a cualesquiera actos sancionatorios e, incluso, a los actos de gravamen en general». *Ejecutividad...*, cit., pág. 466.

¿Qué ha querido decir el TC?, ¿la ejecución prematura de un acto administrativo atenta siempre contra la tutela judicial efectiva, o sólo en aquellos supuestos en que se verifique el condicional? Resulta pacífico que una sanción de suspensión de funciones, o de clausura de un local o el acuerdo de demolición de un edificio ruinoso, son actos cuya prematura ejecución se encuentra aludida en el párrafo reproducido. Pero ¿qué sucede, por ejemplo, con los actos de gravamen de contenido meramente pecuniario? (34). Al fin y al cabo, la gran mayoría de los actos de gravamen que diariamente emana de Administraciones Públicas tiene ese carácter (piénsese sólo en multitud de sanciones de tráfico o de actos de carácter positivo). La prematura ejecución de una sanción de tráfico de quince mil pesetas o de la cuota de un impuesto municipal con el recargo pertinente sobre dicha cuota tras el transcurso del período de pago voluntario, ¿pueden suponer acaso «la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión de fondo»? En otras palabras, ¿la STC 78/1996 supone reactivar las dudas que abrió el ya comentado Considerando cuarto de la STS de 17 de junio de 1982?

Si se entendiera que el TC está excluyendo las actos de gravamen que una vez ejecutados permiten, en caso de resolución final favorable al particular, plena satisfacción *in natura* del interés lesionado con la ejecución, el resultado sería que los efectos protectores de la tutela judicial efectiva sólo se proyectarían sobre el resto de los actos de gravamen, quedando la ejecutividad de determinados actos pecuniarios (y asimilables) únicamente acotada por los eventuales límites impuestos por el legislador.

(34) Con carácter general, los actos de contenido meramente pecuniario serían el ejemplo paradigmático, ya que, aunque se ejecuten anticipadamente, el perjuicio provocado por tal ejecución puede subsanarse con facilidad (en caso de resolución final favorable al recurrente) sin más que devolver los capitales desembolsados con los correspondientes intereses.

No obstante, piénsese que no siempre los actos pecuniarios originan perjuicios susceptibles de posterior reparación *in natura*. Una dominante línea jurisprudencial del TS [se pueden citar entre los más recientes pronunciamientos la STS de 29 de enero de 1996 (Ar. 461) y los AATS de 7 de marzo de 1991 (Ar. 1802), 5 de junio de 1995 (Ar. 4605), 26 de junio de 1995 (Ar. 4785), 13 de febrero de 1996 (Ar. 1222) o 26 de marzo de 1996 (Ar. 2569)] sostiene que

«es doctrina reiterada de esta Sala la improcedencia de la suspensión de los actos administrativos de contenido exclusivamente económico, salvo que circunstancias excepcionales referidas a la situación económica del posible perjudicado, en relación con la cuantía de aquél, hagan irreversibles o de muy difícil reparación los posibles perjuicios para el destinatario del acto cuya suspensión se solicita, lo que en todo caso debe ser acreditado por el recurrente» [FJ 1.º del ATC de 5 de junio de 1995 (Ar. 4605, Ponente: J. M. SIEIRA MIGUEZ)].

Por otro lado, como veremos más adelante, la legislación tributaria tiene prevista la suspensión de la ejecutividad de sanciones en vía administrativa en supuestos de hecho asimilables al aquí expuesto, aunque tal previsión legal sólo juega para empresarios y comerciantes en lo que a su actividad empresarial o comercial se refiere (art. 81.4 de la vigente Ley General Tributaria).

Entiendo que esta interpretación limitadora debe ser descartada. Desde luego, la breve y controvertible expresión del TC supone escaso bagaje para inaugurar una polémica sobre una hipotética nueva división de los actos administrativos de gravamen: aquellos cuya ejecución anticipada vulnera la tutela judicial efectiva, y aquellos cuya ejecución anticipada es indiferente a la tutela judicial. Lo que parece más bien es que el TC ha querido advertir que si se antepone la ejecución forzosa de un acto administrativo a la posibilidad de control judicial de dicha ejecución, se pueden producir situaciones irreversibles que debiliten la eficacia reparadora de una futura sentencia favorable al recurrente o incluso condicionen el resultado de la misma; para evitar que la actuación administrativa pueda dar lugar *en ocasiones* a esa situación irreparable, el artículo 24.1 CE impone que *en todos los casos* —siempre que el interesado cumpla con las cargas de recurrir y solicitar la suspensión— un Tribunal se pronuncie sobre la procedencia de tal medida. Puede ser, en efecto, que la prematura ejecución de determinado acto de gravamen no produzca los perniciosos efectos que la STC 78/1996 enuncia, pero la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva exige que sea un Tribunal quien así lo determine.

La Constitución es el parámetro conforme al cual debe interpretarse el resto del Ordenamiento Jurídico. Es el artículo 24.1 CE el que debe tenerse en cuenta para interpretar el sistema legal administrativo y tributario de ejecutividad de los actos administrativos, y no a la inversa. En el ya comentado Considerando cuarto de la STS de 17 de junio de 1982, el órgano judicial justificaba que la prematura ejecución de un acto sancionador (suspensión de funciones durante dos años) vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva dada la imposibilidad de reparar *in natura* el perjuicio por ella causado (cfr. *supra*). De este pronunciamiento podría deducirse que el *nihil obstat* constitucional a una prematura ejecución de un acto de gravamen se hace depender de la absoluta efectividad de una futura y eventual acción resarcitoria sobre el daño ocasionado por tal ejecución. Sin embargo, un juicio de constitucionalidad de este tipo parece partir no del artículo 24 CE, sino del artículo 122.2 LJ. La estimación por un órgano judicial de una solicitud de suspensión de un acto administrativo queda supeditada a que la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. La imposibilidad o dificultad de reparación del daño debe incidir, pues, en la adopción o no de la suspensión cautelar (art. 122.2 LJ), pero no puede hacerse depender de tal circunstancia la efectividad del derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE. La suspensión unas veces se acordará y otras no, en función del perjuicio que se derive del acto de que se trate; el derecho constitucional a la tutela judicial, sin embargo, no puede relativizarse haciéndolo depender de esa contingencia (35).

(35) JAVIER BARCELONA, al referirse a la posible repercusión que sobre la tutela judicial podría tener la distinción entre sanciones nacidas en el seno de una relación especial de sujeción y el resto, entiende que «no es procedente matizar el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, según que las sanciones sean de una u otra clase. El de-

Por todas estas razones, no parece que el camino apuntado por ese Considerando cuarto de la STS de 17 de junio de 1982 haya sido el elegido en la STC 78/1996. No obstante, aunque considero descartable tal hipótesis, sería saludable que en posteriores pronunciamientos el TC despejara las dudas que la resolución comentada puede sembrar.

5. BREVE REFERENCIA A LA EFICACIA DE LOS ACTOS DE GRAVAMEN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y EN EL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. POSIBLES REPERCUSIONES DE LA STC 78/1996

El contenido de la STC 78/1996 se proyecta de forma inmediata sobre los diversos regímenes legales preexistentes. Veamos cuáles son sus posibles consecuencias sobre el régimen de la ejecutividad en el procedimiento administrativo común y en el procedimiento tributario.

A) *Procedimiento administrativo común*

En la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se prevén regímenes diferenciados para las sanciones y para el resto de los actos de gravamen.

Comenzando por estos últimos, de acuerdo con la dinámica de la Ley 30/1992, sus efectos se despliegan a partir del momento de su notificación (arts. 57 y 58 Ley 30/1992). Desde esa fecha, y con carácter general, la Administración previo apercibimiento a los interesados podrá proceder a su ejecución, salvo en los casos en que se obtenga la suspensión en vía administrativa o judicial (arts. 94, 95 y 111 Ley 30/1992, 122 LJ y 7 Ley 62/1978).

recho fundamental es uno y la solución ha de ser también sólo una. O el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface de un modo o se satisface de otro, pero no caben respuestas dispares en función de una discutible diferenciación entre dos categorías sancionatorias. Aun en la hipótesis de la admisión de su pertinencia, es suficiente con lo que implica de relajamiento del principio de legalidad o de la interdicción de la duplicidad sancionadora, pero parece un exceso constitucionalmente inadmisiblemente extender sus consecuencias hacia otros derechos fundamentales cuya garantía no consiente gradaciones». *Ejecutividad...*, cit., pág. 441.

Otro argumento más se podría esgrimir contra esta posible división de los actos de gravamen. Si en realidad la ejecución anticipada de unos actos vulnerara la tutela judicial efectiva y la de otros no, y el criterio utilizado para distinguir fuera que tal ejecución pudiera imposibilitar el acceso a la tutela judicial efectiva, suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irremediablemente la decisión final del proceso (FJ 3.º STC 78/1996), nos encontraríamos ante un nada desdeñable problema. Las expresiones utilizadas en este Fundamento por el TC («*imposibilitando*», «*desaparición o pérdida irremediable*», «*prejuzgar irremediablemente*») tienen mucho menor alcance que las del art. 122.2 LJ (daños de imposible o *difícil* reparación). No cabe duda que lo imposible, irremediable o irreparable se eleva un grado sobre lo meramente «*difícil*». Si esta distinción se admitiera podría producirse el contrasentido de que un perjuicio de difícil reparación, susceptible de suspensión conforme a los artículos 111 Ley 30/1992 y 122.2 LJ, pudiera ser prematuramente ejecutado sin contravenir la tutela judicial efectiva, por no producir daño imposible ni irreparable. Tal posibilidad, a la vista de la constante jurisprudencia constitucional sobre la generosa interpretación que debe realizarse de los motivos de suspensión, a la luz de la tutela judicial efectiva, no parece de recibo.

Este régimen general de la Ley 30/1992 se ve afectado directamente por la STC 78/1996, puesto que su umbral de garantía está por debajo de los límites marcados en dicha Sentencia. Por tanto, la posibilidad de ejecutar forzosamente los actos sometidos a este régimen debe retrasarse al momento de la interposición del recurso o, en su defecto, al transcurso del plazo para recurrir; una vez llegados tales momentos se producirán las consecuencias ya indicadas *supra*.

La Ley 30/1992 supone una innovación respecto de la normativa precedente en cuanto que prevé un régimen específico para las sanciones en su artículo 138.3, a tenor del cual «la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa». Sin profundizar ahora en el tema de la posible incorrección técnica en la que ha incurrido el legislador, el hecho es que este precepto, se interprete como se interprete (36), en parte está por debajo del límite garantista de la STC 78/1996 y en parte lo supera.

(36) No sin razón, comenta J. BARCELONA que «interpretado literalmente el precepto se llega a una situación absurda. En efecto, puesto que las sanciones a que se refiere no son ejecutivas hasta que no agotan la vía administrativa, si el acto no es susceptible de recurso ordinario sino que contra él procede directamente el contencioso, no hay ningún problema. Pero si el acto es de los que no agotan la vía administrativa y contra ellos cabe recurso ordinario, las cosas pueden plantearse de manera distinta. (...) firmeza y agotamiento de la vía administrativa nada tienen que ver. (...) Imaginemos que (...) alguien pretende sacar provecho del error. Lo tiene relativamente sencillo (...) Si la sanción administrativa no se ejecuta hasta que no pone fin a la vía administrativa es fácil colegir que, siendo relativamente numerosas las sanciones que provienen de órganos cuyos actos no causan estado, basta no recurrirlas para que nunca lo hagan. Serán, sí, firmes; pero nunca agotarán la vía administrativa. Es claro que el sentido común debe imperar (...) Pero también lo es que el legislador ha incurrido en un error de bulto que, por si acaso, bien haría en rectificar cuanto antes». *Ejecutividad...*, cit., págs. 89-90.

En esa línea, Luis MARTÍN REBOLLO, «Disposiciones administrativas y actos administrativos», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 152-191, en concreto 170-171. «Piénsese en un acto que no agota la vía administrativa y no se recurre en plazo. ¿No será ejecutivo? Ese acto es firme y será, desde luego, a partir de ese momento ejecutivo, no obstante tratarse inicialmente de un acto que no agotaba la vía administrativa» (pág. 171).

También C. CHINCHILLA MARÍN, «Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas», en B. PENDAS GARCÍA (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, págs. 741-793, en concreto pág. 791.

Dado el callejón sin salida al que, como muestran estos autores, conduce la interpretación literal del artículo 138.3, creo que, en efecto, su interpretación literal debe ceder en el sentido de entender la ejecutividad diferida a la firmeza del acto en vía administrativa.

Eso es, al fin y al cabo, lo que se parece apuntar desde el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993, de 4 de agosto), en cuyo artículo 21 se indica que:

1. Las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas y contra las mismas no podrá interponerse recurso administrativo.

2. Las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa no serán ejecutivas en tanto no haya recaído resolución del recurso ordinario que, en su caso, se haya interpuesto o haya transcurrido el plazo para su interposición sin que ésta se haya producido.

Ante la pretendida corrección del artículo 138.3 Ley 30/1992 a través de la frase destacada en cursiva, hay que afirmar junto con J. BARCELONA que «ni el precepto legal señalado responde a la técnica jurídica más elemental, ni el precepto reglamentario puede, por sí solo, solventar semejante despropósito» (*op. cit.*, pág. 91). Sin menospreciar su posible

Lo supera porque al impedir a la Administración ejecutar actos sancionadores mientras no se agote la vía administrativa (o, quizá con más propiedad, mientras no sean firmes en vía administrativa) está liberando a los interesados de la carga de solicitar en esta vía la suspensión de la ejecución; lo que supone dar un paso más allá de las exigencias constitucionales de la tutela judicial efectiva que la STC 78/1996 configura.

Pero desde otro aspecto, el sucesivo juego de este artículo 138.3 Ley 30/1992 y del artículo 122 LJ, está por debajo, puesto que dejan un importante período de tiempo sin tutela. En efecto, para dar satisfacción al artículo 24 CE no basta con que la Administración se abstenga de ejecutar hasta el momento en que se dicte resolución recurrible en vía judicial, sino que, como ya hemos visto, es necesario que, en las condiciones ya señaladas, no se ejecute al menos hasta que se interponga recurso contencioso-administrativo o, en su defecto, transcurra el tiempo previsto para su interposición. No existe previsión legal alguna al respecto, con lo que, ante la insuficiencia de este sistema, la tutela judicial efectiva impone al interpretar y aplicarlo una ampliación del mismo en el sentido indicado.

B) *Procedimiento tributario*

De acuerdo con la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992, esta Ley tiene carácter subsidiario respecto de la normativa que específicamente regule los procedimientos administrativos en materia tributaria. Y la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, en el texto resultante de la modificación operada por Ley 25/1995, de 20 de julio (en adelante LGT), contiene sus propias previsiones en lo que a ejecutividad de actos de gravamen se refiere (37).

El artículo 81.3 LGT pretende establecer un régimen de ejecutividad más severo que el del artículo 138.3 Ley 30/1992 (38), y así determina que las sanciones tributarias son ejecutivas no desde que agotan o adquieren firmeza en vía administrativa, sino desde el mismo momento en que se im-

buena intención, si lo que pretendía el Gobierno era corregir el citado artículo 138.3, lo debería haber hecho a través de un proyecto de ley destinado a modificar la Ley 30/1992 en el sentido indicado; pero no parece lo más apropiado tratar de corregir un precepto legal a través del reglamento que lo desarrolla.

(37) En concreto, los artículos 81.3, 4 y 5 de la LGT 63/85, preceptos a los que hay que añadir los artículos 21 a 23 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases del Procedimiento Económico-Administrativo, tras la modificación operada por la Disposición Adicional Única de la citada Ley 25/1995, de Reforma de la Ley General Tributaria.

(38) Así se reconoce expresamente en el comentario a dicho artículo de la Memoria del Proyecto de Ley de Modificación Parcial de la Ley General Tributaria, recogido en la *Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley General Tributaria*, elaborada por la Secretaría General Técnica del Congreso de los Diputados, págs. 413 y ss., en concreto 451. Por cierto que en este texto presentado por el Gobierno se dice expresamente que en la Ley 30/1992 «las sanciones administrativas sólo son ejecutivas cuando son firmes en vía administrativa» (*ibidem*, la cursiva es mía).

ponen. Con independencia de otras consideraciones (39), lo cierto es que desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva el citado artículo supone un paso atrás que debe ser debidamente corregido de acuerdo con la doctrina de la STC 78/1996.

(39) Desde algún sector doctrinal se han dedicado a este precepto encendidos ataques motivados en la supuesta vulneración que el mismo supone al derecho constitucional a la presunción de inocencia (F. PÉREZ ROYO y A. AGUALLO AVILÉS, *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 267-268; M. PONT MESTRES y J. F. PONT CLEMENTE, *Análisis de la Ley 25/1995 de modificación de la Ley General Tributaria*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 113-118). Con independencia de la opinión jurídica que cada autor tenga sobre la relación entre autotutela administrativa y presunción de inocencia, y con independencia de algunos ya señalados pronunciamientos del TS, lo cierto es que el TC, supremo intérprete de la Constitución, dejó clara la suya en el FJ 2.º de la ya comentada STC 66/1984: «la efectividad de las sanciones no entra en colisión con la presunción de inocencia». Criticar desde la presunción de inocencia el artículo 83.1 LGT 63/95, debe implicar necesariamente hacer referencia al citado pronunciamiento constitucional para disentar de sus contenidos o limitar su ámbito de aplicación.

El Tribunal Constitucional ha definido en muchas ocasiones el contenido de este derecho; así, valga por todas la STC 76/1990, de 26 de abril, que expone en su FJ 8.º que

«no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepción en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular (...) el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio».

Definida en esos términos la presunción de inocencia, difícil es que, con carácter general, la ejecutividad de una sanción administrativa o tributaria pueda vulnerar este derecho.

Cuando una Administración Pública en el ejercicio de la competencia legalmente atribuida impone a un sujeto pasivo una sanción tributaria (o cualquier otra sanción), *está declarando legalmente su culpabilidad*. Tal declaración podría conculcar el derecho a la presunción de inocencia del sancionado si se emitiera sin escrupuloso respeto a las tres indicaciones que el TC señala en el párrafo reproducido. Pero, en cualquier caso, una vez impuesta la sanción y, por tanto, declarado culpable el hasta entonces acusado, es la tutela judicial efectiva y no la presunción de inocencia lo que impide que la sanción pueda ser inmediatamente ejecutada. Esto, desde una perspectiva práctica, implica que la presunción de inocencia puede servir como base constitucional para impugnar la resolución sancionadora, pero si, además, el sancionado quiere paralizar su ejecución, es la conculcación de la tutela judicial efectiva lo que en buena técnica jurídica debe alegar. Estas consideraciones creo que deben tenerse en cuenta a la hora de afrontar la crítica al sistema tributario de ejecutividad de los actos administrativos.

Esto no debe confundirse con otro problema diferente como es el de la posible vulneración de la presunción de inocencia que eventualmente podrían producir medidas cautelares que supongan una restricción de derechos adoptadas por el órgano en cuestión (administrativo o judicial) *antes* de que se dicte resolución sancionadora, cuando todavía la posible culpabilidad del acusado no ha sido legalmente declarada. A este respecto es doctrina reiterada del TC que

«la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues

Veamos brevemente en qué consiste esa peculiar regulación tributaria que toma el artículo 81.3 LGT como base, para a continuación exponer los posibles efectos de la comentada doctrina constitucional.

Si el interesado al interponer el potestativo recurso de reposición solicita suspensión y la obtiene, bien en los términos del artículo 111 de la Ley 30/1992 (art. 81.3 LGT), bien en los del artículo 81.4 LGT, los efectos de tal suspensión perduran mientras se tramite la posterior reclamación económico-administrativa (art. 21.3 RD Leg. 2795/1980). En otro caso, la reclamación económico-administrativa no suspenderá la ejecución del acto impugnado (art. 21.1 RD Leg. 2795/1980) salvo que concurra una de estas cuatro circunstancias: que el particular (empresario o comerciante) alegue con éxito el motivo del artículo 81.4 LGT (que la ejecución afecte sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva o de los servicios y del nivel de empleo de su actividad económica, entendiéndose de forma reglada que tal afectación se produce cuando la sanción supere el 15% del patrimonio o de los fondos propios del sujeto pasivo); o garantice el importe de la deuda tributaria en el momento de interponer la reclamación (art. 22.1 RD Leg. 2795/1980); o que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación (remitiendo el texto legal a desarrollo reglamentario el determinar en qué supuestos será necesaria o no la previa prestación de garantías); o que el Tribunal Económico-Administrativo aprecie error aritmético, material o de hecho (art. 22.2 y 3 RD Leg. 2795/1980) (40).

En resumidas cuentas, estas normas suponen la ejecutividad inmediata de los actos de gravamen tributarios junto con una serie de motivos específicos de suspensión, entre los que destaca la presentación de garantía por el importe de la deuda tributaria y los intereses de demora que genere, hecho que producirá la suspensión automática del acto tributario en cuestión.

una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» (STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2.º).

Véanse, entre otros, J. M. TRAYTER, *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., págs. 359-364; J. GARBERRI LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 208-209.

(40) El artículo 22.4 del RD Leg. 2795/1980 establece que si un particular recurre un acto de la Administración Tributaria, solicita y obtiene la suspensión, si al final su pretensión es desestimada y hay que proceder al ingreso de la deuda tributaria, deberá ingresar junto a las cuantías establecidas en el artículo 58 LGT una sanción por el 5% del total si se aprecia que ha actuado con mala fe.

En general, sobre la ejecutividad y la suspensión de las sanciones tributarias tras la reforma de 1985, véanse, entre otros, además de los ya citados en anterior nota a pie, C. CHECA GONZÁLEZ *et al.*, *La reforma de la Ley General Tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1996 [en especial, I. MERINO AJA, «Infracciones y sanciones», págs. 323-395 (en concreto, 339-352); y J. I. MORENO FERNÁNDEZ, «La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos por la interposición de reclamaciones o recursos», págs. 580-621]; L. M. ALONSO GONZÁLEZ *et al.*, *La reforma de la Ley General Tributaria*, Cedecs, Barcelona, 1995 [en concreto, E. ARAGONÉS BELTRÁN, «Artículo 81», págs. 159-168; y M.ª D. ARIAS ABELLÁN, «Disposición Adicional Unica», págs. 393-400]; J. L. PEÑA ALONSO, A. CORCUERA TORRES y L. M.ª CAZORLA PRIETO (coords.), *La reforma de la Ley General Tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 70-76 y 235-240.

En cuanto a la prerrogativa de la inmediata ejecutividad de los actos tributarios de gravamen, al igual que sucede en el ámbito administrativo, podría entenderse proscrita por la STC 78/1996 con las consecuencias ya señaladas.

Sin embargo, la prestación de garantía del artículo 22.1 RD Leg. 2795/1980 configura una alternativa a considerar por el interesado: o solicitar la suspensión por alguno de los motivos reconocidos en la normativa aplicable y, sin necesidad de garantizar nada, arriesgarse (al igual que en el procedimiento administrativo) a que su solicitud pueda acabar siendo desestimada por un órgano judicial; o garantizar la deuda tributaria y los intereses que pueda generar, con lo que automáticamente se obtiene la suspensión del acto impugnado hasta que el contencioso se dirima. No obstante, teniendo en cuenta, por un lado, el elevado coste de los avales y, por otro, el dilatado tiempo que hoy por hoy necesariamente transcurre hasta que un Tribunal pueda pronunciarse sobre la suspensión de un acto administrativo, esta alternativa no siempre va a resultar práctica, puesto que en gran número de casos solicitar la suspensión y esperar va a ser mucho más provechoso económicamente para el particular que avalar desde el primer momento (41).

6. CONCLUSIÓN

En resumen, se puede decir que la STC 78/1996 sienta los términos en los que, en un determinado ámbito, se debe desenvolver la relación entre dos instituciones jurídicas con cobertura constitucional. Las instituciones aludidas son el derecho a la tutela judicial efectiva (expresamente recogido en el art. 24.1 CE) y el privilegio de la autotutela administrativa (engarzado con el principio de eficacia enunciado en el art. 103.1 CE), y —si la interpretación que parece desprenderse de este pronunciamiento se mantiene en el futuro— el ámbito parece ser el de la ejecutividad de todos los actos administrativos de gravamen.

La tutela judicial efectiva exige que la Administración se abstenga de ejecutar hasta que el particular interponga recurso o, en su defecto, hasta que transcurra el plazo para interponerlo. Una vez interpuesto recurso, si el particular cumple con la carga de solicitar la suspensión, la Administración debe abstenerse de ejecutar hasta que un órgano judicial se pronuncie sobre la procedencia o no de la medida cautelar.

Ese mínimo debe ser común para todos los actos administrativos de

(41) Ciertamente que el artículo 81.5 LGT reconoce positivamente para las sanciones lo que hasta ahora había venido concediéndose jurisprudencialmente para cualquier supuesto por vía de responsabilidad patrimonial de la Administración: la devolución del coste de los avales cuando las sanciones hayan sido declaradas improcedentes. Pero los dilatados períodos de tiempo de resolución de estos procedimientos ocasiona que con frecuencia no adelantar el coste de los avales sea más beneficioso en términos económicos que adelantarlo y luego, en el mejor de los casos, recobrarlo tiempo después o, en el peor, tener que instar un nuevo proceso contencioso-administrativo para satisfacer tal pretensión.

gravamen con independencia de su naturaleza específicamente administrativa o tributaria, de su carácter sancionador o no sancionador, y con independencia del tipo de perjuicio que pueda causar su ejecución (esto último será relevante, en todo caso, a la hora de decidir, primero en vía administrativa y luego en vía judicial, sobre la procedencia o no de la suspensión).

Ello no impide que en distintos ámbitos el legislador pueda establecer diferentes mecanismos que serán constitucionalmente correctos siempre que no supongan modificar «en menos» las garantías constitucionalmente exigidas. Así, en virtud del artículo 138.3 Ley 30/1992 (reinterpretado conforme a la Sentencia comentada), las sanciones administrativas que no agoten la vía administrativa no requieren el cumplimiento de la carga de la solicitud de la suspensión para que el efecto suspensivo se mantenga tras la interposición del recurso ordinario (sí será necesario con posterioridad solicitarla al interponer el recurso contencioso-administrativo). Otro ejemplo lo encontramos en el ámbito tributario, en el que al particular se le ofrece la posibilidad (económicamente no muy interesante) de conseguir la suspensión automática garantizando el importe de la deuda tributaria y de los intereses (art. 22.1 RD Leg. 2795/1985).

Con esta doctrina se corre el riesgo de que se potencien las siguientes reacciones por las partes implicadas. Por un lado, los particulares gravados con el acto podrían recurrir y solicitar suspensión sistemáticamente, lo que, con independencia de que al final se estime o no su pretensión, puede suponer retrasar durante años la ejecución del acto (42). Y, por otro, en respuesta, la Administración podría a su vez proceder por sistema a la ejecución prematura de sus actos, obligando al particular a recurrir al cauce procesal de la Ley 62/1978 y forzando así una decisión judicial un tanto más rápida que en el contencioso ordinario.

Esto en nada contribuiría a normalizar las habituales relaciones entre Administración y ciudadanos, y mucho menos a aliviar uno de los principales problemas que, como unánimemente señalan doctrina y operadores jurídicos, padece la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: la congestión (43).

(42) Piénsese sólo en las 176.000 reclamaciones económico-administrativas presentadas en 1995, y las 150.600 que han entrado en los Tribunales económico-administrativos durante los diez primeros meses de 1996 (cfr. el diario *El País*, viernes 22 de noviembre de 1996, en portada). ¿No podría conducir esta doctrina constitucional a que automáticamente todos los recurrentes soliciten por sistema la suspensión?, ¿sería posible atender judicialmente una avalancha de cientos de miles de procesos sobre estos asuntos?

(43) Valgan por todos las reflexiones expuestas en el Curso Magistral de la UIMP *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: un problema pendiente*, celebrado en Santander entre el 9 y el 13 de septiembre de 1996, impartido por los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, L. MARTÍN REBOLLO y R. BOCANEGRA SIERRA. Las conclusiones del mismo se encuentran publicadas bajo el título *Conclusiones del Seminario de la Magdalena sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», año VI, núm. 268, 7 de noviembre de 1996, págs. 1-3. En concreto, en el primer punto se indica que «una justicia administrativa rápida y de calidad es rigurosamente esencial para la propia existencia del Estado de Derecho. (...) La masificación actual de la litigiosidad y la correlativa congestión de los órganos jurisdiccionales reclaman una reforma en profundidad de la Ley jurisdiccional vigente que, partiendo de una

Y es que si la línea que parece desprenderse de la STC 78/1996 se confirma y consolida en posteriores pronunciamientos, el legislador se verá abocado a afrontar a corto plazo una tarea nada fácil: establecer cauces procesales que faciliten y agilicen la adopción de decisiones jurisdiccionales sobre la ejecutividad de los actos administrativos. Porque esta doctrina constitucional resulta de inviable combinación práctica con los vigentes cauces procesales para la obtención de la tutela judicial cautelar. Los riesgos ya han sido señalados. Salvo que el TC rectifique su postura o la matice o aclare dándole un alcance más limitado que el que parece deducirse del comentado FJ 3.º, una profunda reforma procesal puede ser necesaria para evitar, por ejemplo, el colapso de la actividad recaudatoria de la Administración, y ello procurando que tal reforma no suponga agravar más la ya muy sobrecargada situación de la justicia contencioso-administrativa.

A este respecto, en muchas ocasiones la doctrina ha señalado el interés que tiene el modelo francés del *référé provision* (44). Como explica E. GARCÍA DE ENTERRÍA, se trata de un procedimiento independiente y autónomo que permite una decisión sobre la procedencia o no de la ejecución de un acto en cuestión de días, incluso horas, basándose la decisión en el *fumus boni iuris*, la apariencia de buen derecho, con lo que se hace depender la ejecución o no del acto de la aparente solidez de la posición jurídica de las partes implicadas. «La sentencia de *référé* es revisable en un proceso declarativo ulterior, cuya carga corresponderá al condenado en el *référé*, esto es, normalmente al injusto y no al justo» (45).

Con la adaptación a nuestro sistema de un procedimiento de este carácter no sólo se conseguiría una rápida satisfacción de las necesidades de la tutela judicial efectiva y la autotutela administrativa, sino que, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, se contribuiría a la descongestión judicial, puesto que la mayor parte de los procesos declarativos ulteriores al *référé* (al igual que sucede con los procesos declarativos posteriores a las Sentencias interdictales) no tendrían lugar, pues al obligar el *référé* a la parte con una posición aparentemente menos fundada a ceder provisionalmente en sus pretensiones, no tendría sentido para ella prolongar artificiosamente la confrontación jurídica. Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «el sistema produce, pues, una más que saludable eliminación de los procesos abusivos, que son, sobre todo, los que inundan y paralizan nuestros juzgados y Tribunales» (46).

voluntad política firme y un conocimiento exacto de la dimensión de los problemas a resolver, haga un esfuerzo de imaginación para idear y poner en marcha soluciones nuevas».

(44) Véanse, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision)* (...), núm. 142 de esta REVISTA, 1997, págs. 225-243; *La batalla por las medidas cautelares*, cit., págs. 269 ss., y J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad...*, cit., pág. 472.

(45) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, cit., pág. 269.

(46) En las *Conclusiones del Seminario...*, cit., pág. 2, en el punto número 13 se señala que «es necesario articular un procedimiento cautelar autónomo, no necesariamente incidental respecto del proceso principal. Ese procedimiento cautelar es hoy obligado para cumplir Directivas comunitarias en materia precontractual y contractual, pero debe extenderse también a la protección inmediata de los derechos e intereses legítimos de los ciuda-

No obstante, no hay que pasar por alto que en una futurible adaptación del *référé*, o en otras posibles reformas procesales, asumir legislativamente el *fumus boni iuris* no debe hacer olvidar otro criterio que los Tribunales deben tener en cuenta al decidir sobre la ejecutividad de los actos administrativos. Me refiero a la ponderación nada fácil y difícilmente susceptible de generalizaciones entre, por un lado, la difícil o imposible reparación del daño que se pueda derivar de la ejecución y, por otro, la imposible o difícil reparación del daño que la suspensión de la ejecutividad pueda suponer para los intereses generales del artículo 103 CE y, eventualmente, para los intereses de terceros que si, por ejemplo, han instado el procedimiento administrativo cuya resolución pretende ahora suspenderse, también pueden ser tenidos en cuenta desde la perspectiva de la tutela del órgano judicial.

danos siempre que exista un riesgo razonable o una amenaza grave para la integridad de dichos derechos, aunque ese riesgo o amenaza no se haya materializado en un acto administrativo (...) Para evitar que se especule con la patológica duración de los procesos, son particularmente importantes medidas cautelares que anticipen al menos en parte créditos contra la Administración cuando éstos aparezcan como indubitados». E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Hacia una medida cautelar ordinaria...*, cit., pág. 242) entiende que la adaptación a nuestro derecho del *référé-provision* debería articularse «como procedimiento incidental en el seno de un proceso principal de reclamación de cantidad», y que la «estimación del *fumus boni iuris* debe concretarse en la penetrante fórmula francesa de deuda “no seriamente contestable”, que subraya por sí sola el abuso procesal».

